

「厳格な政教分離」学説の再構築に向けて (一)

——アメリカ法の摂取の仕方についての批判的考察——

佐々木 弘 通

序章

第一節 問題の所在と本稿の構成

第二節 「アメリカ法の摂取」とは何か

第一章 前史

第一節 政教分離原則に関する戦後の憲法学説の歩み——七七年の最高裁判決まで

第二節 七七年の最高裁判決の概要と、それが学説にもたらした影響

第三節 政教分離原則に関する、七〇年代の高柳学説の一般的特徴

第四節 目的効果基準を批判する高柳学説の概要

第五節 目的効果基準を批判する高柳学説の特徴

(以上本号)

第二章 現状

第三章 課題

終章

序章

第一節 問題の所在と本稿の構成

あらゆる学問は時代的刻印を帯びている。憲法学もまたその例外ではない。戦後憲法学はこれまで、アメリカ法を摂取するに際して、「アメリカ法がこうなっているから日本もそれに倣うべきだ」といった思考枠組みを、暗黙の前提としてきた。過去の一定期間、そうした思考枠組みを前提としたアメリカ法摂取の仕事は、本格的な懷疑に曝されることなく通用してき、またそれに基づいて豊かな成果も生んできたと言える。だがそれは、いまや歴史的使命を終えつつあり、次第に時代的不適合を来しつつあるように思われる。

本稿の主目的は、アメリカ法摂取の仕事を、これまでそれを規定してきた上述の隠れた前提を取り払うことによつて、これからの時代の要請に適合的な、もつと生産的な文脈に置きなおすよう提唱することにある。

些か一般的な口調で語りすぎたかもしれない。私の念頭にあるのは、憲法学における政教分離原則⁽¹⁾をめぐる議論の状況である。そこにおけるアメリカ法の参照の仕方ないし摂取の仕方の現状に対して、私は批判的見解を持っている。

説明の便宜のため、本稿では、科学学説と解釈学説という、学説二分論の用語をキー・タームとして用いながら、叙述を進めていく(学説二分論については、すぐ後の次節で述べる)。アメリカ法を摂取する仕事とは、換言すれば、アメリカ法を対象とする科学学説の営みである。この仕事を日本の憲法学者が行うにあたっては、その仕事に対する取り組みように対して、その人が日本国憲法についての解釈学説を展開するに際しての問題関心が影響するのは、一般的には避けがたい⁽²⁾。

日本国憲法の定める政教分離原則の解釈にあたつて、通説ないし憲法学者の多数は戦後一貫して、緩やかな政教

分離を説く立場を批判し、厳格な政教分離を主張してきた。そして一九八〇年代の半ば頃から九〇年代にかけての時期、通説は骨子として次のような解釈論を提示してきた。「判例は、日本国憲法の政教分離原則に関する違憲審査基準として目的効果基準を採用しているが、これは政教分離を緩やかなものとする帰結を導きがちであり、問題である。ところで目的効果基準は、アメリカ合衆国の判例理論であるレモン・テストをモデルとして定式化された。そのレモン・テストは、政教分離を厳格なものとする帰結を導くものである。従って、目的効果基準は、その母法であるレモン・テストに倣うならば、厳格な政教分離を実現するものとして用いられることができるのであり、そうされるべきである。」

日本国憲法の解釈学説におけるそのような立場は、アメリカ法を対象とする科学学説の仕事に取り組むにあたっての問題関心を規定してきた。その問題関心からするアメリカ法の研究は、これまで豊かな成果を生んできたのは事実だが、いまや一定の限界に達している。それはどのようにに限界に直面しているのか、そこから浮かび上がる、今後の課題とはどのようなものなのか。それらのことを検討するのが、本稿の主目的である。

日本国憲法の解釈学説として上記の立場を採用する代表的な憲法学者は、芦部信喜氏である。そこで本稿は、芦部氏が展開した、日本国憲法についての解釈学説と、アメリカ法についての科学学説を、検討対象の中心に据える³⁾。第一章では、目的効果基準を厳格な政教分離の方向で適用すべしと説く芦部氏の立場が登場するまでの歴史的文脈を簡単にフォローする。第二章では、日本国憲法の解釈学説としての芦部学説の意義を押さえたあと、アメリカ法の科学学説の場面で、芦部学説がアメリカ判例理論についてどのような理解を示したかを立ち入って紹介し、そのうえで、その問題点を検討する。第三章では、その問題点を検討する作業を継続するという文脈のなかで、アメリカの若干の判例を直接に考察し、それを踏まえて、日本におけるアメリカ法の科学学説の、今後の課題を探っていく。ただ、本論に入るまえに、本稿のキー・タームを提供する学説二分論に関する最低限の説明が必要なの

で、それを序章内の次節で行っておく。

第二節 「アメリカ法の摂取」とは何か

ここでは、方法二元論の立場に立った学説二分論の基本的なチームの定義を見たうえで、それに立脚して再度、私の問題意識のアウトラインを述べたい。

学説二分論によれば、憲法学のなかには憲法解釈と憲法科学という、二つの異なった性質の仕事がある（学説ということで言えば、解釈学説と科学学説の二つがある）。前者は「一定の事案に対し所与の制定憲法……を素材として法的解決を見出そうとする人間行動」であり、後者は「憲法現象についての科学」である。⁽⁴⁾前者は「……すべし」という当為を定立する仕事」であり、後者は「『……べし』を対象として記述し、場合によってはそれに関する説明をするという仕事」である。「前者は……ひとつの実践的提言なのであり、さまざまな認識行為を十分にふまえることによってその効果をより高めるということはあるにしても、それ自体としての最終的性格は、評価の行為、意欲の行為であって認識の行為ではない。それに対し、後者は、そのプロセスのなかに研究者の問題関心や観点など実践的関心の要素を含むとしても、それ自体は、評価・意欲の行為ではなくて認識の行為であり、したがって、検証・反証のルールに服する性質のもの」である。⁽⁵⁾

私が「アメリカ法を摂取する仕事」というとき、それは何よりもまず、アメリカ法が現にどうであるか（過去にどうであったか）を記述し理解する仕事のことを指している。それゆえこの仕事は、学説二分論の図式においては、憲法科学ないし科学学説のほうに位置づけられることになる。あるいは角度を変えて、こう説明してもよい。憲法科学のなかには、「諸外国の憲法現象を比較の観点から対象としてとりあげる科学」である比較憲法学が含まれる。⁽⁶⁾そして私がいう「アメリカ法を摂取する仕事」とは、比較憲法学の対象としてアメリカ合衆国の憲法現象を対象と

する場合のことなのである。

なぜ、日本の研究者がアメリカ法の研究(という科学学説の仕事)に携わるのか、また携わってきたのか。日本人研究者はどのような「問題関心や観点」に基づいてアメリカ法の「認識の行為」を行うのか。その「問題関心や観点」は、日本国憲法についての解釈学説を展開するにあたって「さまざまな認識行為を十分にふまえることによってその効果をより高める」という動機と、どこかで関連していることが通常であろう。私はそのこと自体を否定しようとは思わない。つまり私は、「アメリカ法を摂取する仕事」が、およそ「実践的関心の要素」を排した「認識の行為」に徹するべきである、といった趣旨の提唱を行う意図は持っていない。そうではなくて、その「問題関心ないし観点」ないし上述の動機、これのコンテキストを組み替えることが必要になっている、と考えるのだ。

(1) 政教分離原則に関して、日本国憲法は、第二〇条一項後段「いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。」、第二〇条三項「国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。」、第八九条前段「公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、……これを支出し、又はその利用に供してはならない。」の三つの規定を持っている。

「政教分離」の語じたいは、日本国憲法には登場しない。そこで、前記の三つの憲法規定に関して「政教分離」の語が登場するとき、そこには二つの用法がありうることが指摘されている。「その一は、これら諸規定を一語に簡約して指示する概称ともちいるもの」であり、「第二の用法は、憲法典の諸条規の前提として『政教分離』が存し、諸条規はその顕現にすぎないと説くもの」である。小嶋和司「いわゆる『政教分離』について——靖国公式参拝問題にふれて——」ジュリスト八四八号一八頁(一九八五年)、一九頁。また参照、前者を「分解的アプローチ」、前者を「総合的アプローチ」と呼び、これらをそれぞれ、ドウオーキンのいう「準則」と「原理」に対応させることにより、小嶋氏の議論とは別の理論的地平を切り拓く、棟居快行「信教の自由と政教分離の『対抗関係』」『声部信喜先生古希祝賀・現代立憲主義の展開・上』(有斐閣、一九九三年)五三三頁、五五〇—五五四頁。

近年、この「第一の用法」にシンパシーを示す学説が現れてきていて(例えば参照、百地章『憲法と政教分離』(成

文堂、一九九一年)一〇六一一〇頁(初出、一九八九年)、安念潤司「信教の自由」樋口陽一編『講座・憲法学 第三卷 権利の保障(一)』(日本評論社、一九九四年)一八九頁、二二一—二三頁)、注目されるが、この問題にはここでは立ち入らない。

(2) 学説を科学学説と解釈学説との二つに分け、各学説の主題としてさしあたり日本憲法とアメリカ憲法の二つを考えるなら、組み合わせにより四つの学説がありうる。①日本の憲法現象を対象とする科学学説、②アメリカ合衆国の憲法現象を対象とする科学学説、③日本国憲法についての解釈学説、④合衆国憲法についての解釈学説、である。本文で述べたのは、本稿の主たる関心対象は日本における②だが、そのありようを③が規定している、ということである。

①はそれとして重要な仕事だが、本稿の検討対象ではない。むしろ本稿じたいが、日本における②と③を対象とする科学学説として、大きく見れば①に属する仕事だ、と言うこともできる。

それに対して、日本におけるアメリカ憲法に関する研究のなかには、④に属するようにみえる仕事が少ない存在する。私の考えでは、④は合衆国憲法を主題とする解釈共同体に所属する者同士のあいだではじめて、実践的意義を持つ。その解釈共同体に所属しない者が、その解釈共同体の構成員に届く可能性をほとんど持たない日本語で、④の仕事に携わることにどんな意義があるのか、私は疑問に思う。

(3) 政教分離原則に関する芦部氏の主要な業績には、芦部信喜「宗教・人権・憲法学」(有斐閣、一九九九年)の第一部に収められている六つの論文の他に、同「憲法学Ⅲ 人権各論Ⅰ」(有斐閣、一九九八年)第二章第二節がある。また参照、同「地方公共団体による神道式地鎮祭」『宗教判例百選(第二版)』(有斐閣、一九九一年)四二頁、芦部信喜・奥平康弘「靖国問題と憲法・靖国問題をめぐってへ対談Ⅴ」『法律時報五八巻一六頁(一九八六年)』。

(4) 樋口陽一「近代立憲主義と現代国家」(勁草書房、一九七三年)、九頁、一〇頁。但し、引用文中に「制定憲法」とある部分は、正確には「憲法典」とすべきだと思われる。

(5) 樋口陽一「憲法・改訂版」(創文社、一九九八年)、一四—一五頁。

(6) 樋口陽一「比較憲法・全訂第三版」(青林書院、一九九二年)、三頁。

(7) 樋口陽一「憲法Ⅰ」(青林書院、一九九八年)に、次のような叙述があるのが注目される。学説二分論「では、解釈の実践性が強調されるのであるから、解釈と認識とは、多かれ少なかれ三元論的にとらえられる。多かれ少なかれ、と

いうのは、認識という行為一般の性質をどう理解するかが、認識論的立場によつて違うからである（認識と評価Ⅱ実践の峻別を説く方法二元論……でない立場からすれば、その「二元」性は、さしあたりのものとどまる）（同書、四四―四五頁、傍点は引用者）。

第一章 前史

第一節 政教分離原則に関する戦後の憲法学説の歩み——七七年の最高裁判決まで

既に述べたように、本稿の目的は、政教分離原則に関するアメリカ法を対象とする科学学説の現時点におけるありよう、これを批判的に検討することである。だが繰り返しになるが、現時点におけるそのありようは、一定の歴史的刻印を帯びている。それゆえ、その中味の批判に入る前に、それが歴史的にどのようなように形成されてき、それが形成された時点ではどのような意義を持っていたのかを明らかにしておくことが有益だと思われる。

ところで既述のごとく、政教分離原則に関するアメリカ法を対象とする科学学説のありようは、日本国憲法についての解釈学説のありようのように規定されている。解釈学説の場面での研究者の実践的立場が、アメリカ法研究に取り組むに際しての動機のコントラストを形成するのがふつうだからだ。それゆえ、戦後日本においてアメリカ法についての科学学説のありようがどのように変化してきたかを知るためには、同じ時期に日本国憲法についての解釈学説がどう変化してきたかを知る必要がある。こういう問題意識に立つて、本章では、序章第一節で骨子を示した現在の通説的解釈論と、それに対応するアメリカ法研究のありようの現状、ここに至るまでの解釈学説とアメリカ法研究の歴史を、追跡することにした。別言すれば、目的効果基準を厳格分離の方向で適用すべしと説く芦部学説が八〇年代半ばに登場するまでの学説史を、日本におけるアメリカ法についての科学学説の歴史と日本国憲法についての解釈学説の歴史として、書き綴ろうというのである。

さて、政教分離原則に関してアメリカ法研究（「アメリカ法を対象とする科学、学説」）に取り組むにあたっての、従来の動機のコテキストは、どのようなものだっただろうか。私の見るところ、その骨組みは次のようなものであった。

まず、一般的な点を二つ、指摘しておこう。第一に、日本国憲法の解釈、学説の多数にとつて、日本国憲法の定める政教分離原則が、戦前の国家神道の否定のうえに成立していることは、あまりにも明らかである。そこから実践的な関心として、日本国憲法の定める政教分離原則は厳格なものだという趣旨の解釈論を展開したいと考えるのは、自然な成り行きと言えよう。第二に、日本国憲法の制定にあたりアメリカ憲法の影響が大きかったという事情、もつと一般的には、欧米が生み出した立憲主義の思想・制度を日本が輸入したという事情がある。だからこそ、アジアやアフリカ、社会主義圏やイスラム圏の諸国ではなく、ほかならぬアメリカ合衆国を、日本の憲法学は研究対象国としたがるのである。また、これらの事情のゆえに、上記の「アメリカ法がこうなっているから日本もそれに倣うべきだ」という言い分が、解釈論として強い説得力を発揮する土壤がある。

だが、日本国憲法が制定されてからだいたい一九七〇年頃までは、アメリカ法研究という科学学説の仕事が行われる動機は主として、いったいアメリカ法においては政教分離原則はどのようなものとして実現されているだろうかと、という純粹な知的好奇心だったようである。⁽¹⁾つまり、日本国憲法の解釈論に直接、アメリカ法研究による知見を生かそうという実践的な動機は、それほど強くなかったように思われる。その背景として、戦後しばらくの間、一方では、そもそも政教分離の問題に限らずアメリカ法一般に関する研究蓄積が、まだ非常に乏しかったという事情があり、⁽²⁾また他方では、日本の現実の政治や訴訟において、政教分離原則がまだ特に大きな問題となっていなかった、ないし未だ潜在化していたという事情があったと考えられる。

それが、六五年あたりから次第に、日本の現実の政治や訴訟の場で、政教分離原則にかかわる問題が顕在化して

くる。ひとつには訴訟の場で、津地鎮祭訴訟が一九六五年に提起され、六七年に第一審で合憲判決が、七一年に第二審で違憲判決が、そして七七年には最高裁で合憲判決が下されたが、これは日本国憲法の政教分離規定に関して最高裁が初めて本格的な判断を示した判決であった。ふたつには政治の場で、講和直後から始まった、靖国神社の国家護持を求める運動が、祝日法の改正により紀元節を「建国記念の日」として復活させることができた六六年ごろから勢いづき、六九年から七四年にかけて五回にわたり「靖国神社法案」が国会に提出された(結局、審議未了・廃案)⁽³⁾。このふたつ目の政治の場での動きは、ひとつ目の訴訟の場での動きにも影響を与えている。津地鎮祭訴訟は、第一審の段階では弁護士をつかない本人訴訟として遂行されていたにすぎず、世間の関心も集めなかった。それが第二審の段階では、次第に注目されるようになり、訴訟の過程でも憲法学・宗教学など様々な分野の学者が鑑定人として意見を述べた。「足元の政教分離問題」という意識で始められたこの訴訟は、政治の場での動きに共鳴して、「靖国問題」との重なりを意識するようになり、反靖国運動の担い手たちの支援も得るようになったのである。⁽⁴⁾さらにみつ目として挙げれば、七三年に自衛官合祀拒否訴訟が提起され、そのこと自体が、六〇年代に行っていた自衛隊と護国神社との関係強化の動きに人々の注意を喚起してその動きに阻止的効果を及ぼすとともに、⁽⁵⁾七九年には第一審で違憲判決が出ている。その後は、七六年の箕面忠魂碑訴訟の提起など、政教分離原則違反を理由として数多くの訴訟が提起されていくのである。⁽⁶⁾

こういう現実の動きの促進を受けて、日本の憲法研究者がアメリカ法研究という科学学説の仕事に携わる動機も、純粹な知的好奇心から、もつと実践的性格の強いものに変わっていったと思われる(もちろん、この分野におけるアメリカ法のごく基本的なありようが、研究の蓄積により次第に憲法学界に知られるようになった事情も見逃せない)。端的に言えば、日本国憲法の政教分離規定の解釈論を厳格分離の立場から展開するに際して、アメリカ法研究による知見を生かそうという動機が、支配的になってゆくのである。

既に早くから、高柳信一氏は、日本国憲法の政教分離規定の解釈論を、アメリカの判例理論——特に *Everson v. Board of Education*, 330 U. S. 1 (1947) および *Engel v. Vitale*, 370 U. S. 421 (1962) の二つの判決においてブラック判事執筆の法廷意見が示した考え方——に沿った形で、展開していた。⁽⁷⁾ 彼は、津地鎮祭訴訟の第二審で鑑定人として意見を述べている。彼の解釈論（に採用されたアメリカの判例理論）は、原告の弁護士団の理論武装に大きな力となったと共に、七一年の第二審違憲判決にも強く影響し、それらを通じて七七年の最高裁メンバーにも届いていたと考えられる。⁽⁸⁾

第二節 七七年の最高裁判決の概要と、それが学説にもたらした影響

その七七年の津事件最高裁判決は、政教分離の分野についてのアメリカ法研究のありようにとっても、ひとつの画期となる出来事だった。やや長くなるが、その所以を以下では述べていく。

この判決の多数意見は、まず憲法上の政教分離原則について、こう述べる。「政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は實際上宗教とある程度のかかわり合いをもたざるをえないことを前提としたうえで、そのかかわり合いが、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で、いかなる場合にいかなる限度で許されないことになるかが、問題とならざるをえないのである。右のような見地から考えると、わが憲法の前記政教分離規定〔引用者注：憲法二〇条一項後段、二〇条三項、八九条前段、の三つの規定〕の基礎となり、その解釈の指導原理となる政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものであるが、国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらず行為の目的および効果にかんがみ、そのかかわり合いが右の諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである。」（傍点は引用者

による。以下同じ。)

そのうえで、憲法二〇条三項「国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。」への抵触の有無を判定する基準を、こう定式化する。「ここにいう宗教的活動とは、前述の政教分離原則の意義に照らしてこれをみれば、およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつすべての行為を指すものではなく、そのかわり合いが右にいう「引用者注…上述の引用部分を指す」相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであつて、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。……ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを判断するにあつては、……当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従つて、客観的に評価しなければならない」。

そして、本件で問題となつた、津市が主催した市体育館の起工式（＝神式の地鎮祭）に対して、この基準を適用した結果、それは憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」に該らない、として合憲の結論を導き出したのである。

最高裁の多数意見が合憲判決に至つたこの論理は、下級審の二つの判決との関係では、次のような意味を持つていた。すなわち、第一審と第二審での中心的論点は、本件起工式を宗教的行事と見るか、それともその起源が宗教的だつたとしても現在では宗教性を失ひ習俗的行事となつていふと見るか、という点にあつた。第一審は本件起工式を習俗的行事だと評価し、従つてこれを市が主催しても憲法二〇条三項に抵触しないとしたのに対して、第二審は本件起工式を宗教的行事だと評価し、従つてこれを市が主催するのは憲法二〇条三項に反する、としたわけである。¹⁰ところが最高裁の多数意見は、本件起工式が宗教的行事か習俗的行事か、というふうには問題を立てない。そ

うではなくて、本件起工式に市が関わることで、宗教にかかわり合いをもつことになることは承認しつつ、「そのかわり合いが……相当とされる限度を超える」か否かを、「行為の目的および効果にかんがみ」て判断しようというアプローチを採ったのである。つまり最高裁の多数意見の論理構成は、下級審段階における論点を別の形に組み替えるものだった。⁽¹¹⁾

最高裁の多数意見が採用したこのアプローチは、一般に目的効果基準と呼ばれるようになった。それは直接には、憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」に該するか否かの判断基準として上に引用した部分を指す。だがこの部分の説き方が、上に引用した、憲法上の政教分離原則について最高裁が述べる部分の説き方と、内容的に密接に関連していることは、読者の誰にとっても明らかであろう。だとすると、「宗教的活動」該当性に関する判断基準は、「政教分離規定の基礎となり、その解釈の指導原理となる政教分離原則」一般に関する判断基準を、二〇条三項について特定化したものだとして理解するのが、判決理由の趣旨に沿った読み方の方である。そうだとすると、目的効果基準は、憲法二〇条三項についてだけでなく、二〇条一項後段と八九条前段についても用いられる判断基準だということになる。⁽¹²⁾ いずれにせよ、その目的効果基準は、津事件において最高裁が原審の違憲判断を覆すに際して非常に大きな役割を演じたわけだが、それでは最高裁は、目的や効果に着目するという発想をどこから得たのだろうか。どうもこの疑問に対する解答は、「アメリカの判例理論からである」というものらしいのである。⁽¹³⁾

ここでもうやく、話は本筋へと戻ってくる。それは、七七年の津事件最高裁判決が、政教分離の分野におけるアメリカ法研究のありように、どんな影響を及ぼしたか、という筋だった。ところで既に述べたように日本では、アメリカ憲法についての科学学説での場面の「問題関心や観点」は、日本国憲法についての解釈学説の場面での問題意識に規定されているのが通常である。だからここでの話は、まずは七七年判決が日本国憲法についての解釈学説の場面においてどんな反応を引き起したかを論じ、次にそれがアメリカ憲法についての科学学説の取り組みように

どう影響したかを見る、という道筋になる。

まずは、日本国憲法についての解釈学説の場面——。日本国憲法の政教分離原則に関する最初の最高裁判決である七七年判決は、アメリカ法を参照しながら、第二審における違憲判決を覆して合憲の結論に至るのを正当化する論理を編み出して提示した。これを厳格な分離の立場からどう批判するか、というのが、日本国憲法についての解釈学説にとつての、その後の課題となった。つまり厳格分離を主張する解釈学説は、この時点で、対立する内容（「緩やかな分離」の憲法判例理論という具体的な標的を獲得したのであり、これ以後は、自己主張をするにあたって、従来は不在であったところのこの判例法理——しかも、この判例法理じたい、同じ主題の下に生起する裁判例の蓄積によつて自己展開を遂げていく——との批判的対決を、重要課題のひとつとして引き受けざるをえなくなったのである。

七七年判決に対する批判的論評を行うに際して、何をどのように論じていくのか。その切り口、ないし論じようは、様々でありうる。オーソドックスな判決批評のスタイルは、次のようなものだったと言えよう。すなわち、「何を」という点については、最高裁の多数意見の論理の組み立てに従つて、第一に政教分離原則の意義、第二に憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」の意義、第三に本件起工式の「宗教的活動」該当性、を順に検討する。「どのよう」に「そうするか」といえば、七七年の最高裁による合憲判決の論理を、七一年の第二審の違憲判決の論理と対比させて検討する。あるいは、七七年の最高裁判決で合憲論を論じた多数意見の論理を、同判決で違憲論を論じた少数意見の論理と対比させて検討する。そしていずれの場合も、後者に肩入れする形で前者を批判する、というスタイルである。⁽¹⁴⁾

だが、それとは別の切り口をとる論評も存在した。この種の論評は、「何を」論じるかについては、上述した最高裁多数意見の三段構造の論理の組み立てにおいて、第一の政教分離原則の意義と、第二の憲法二〇条三項にいう

「宗教的活動」の意義、この両者に跨がる位置を占めるところの目的効果基準に照準を合わせる。そして「どのよう」に論じるかについては、この目的効果基準を定式化するに際して最高裁多数意見がアメリカ法を参照していたところに着目して、「最高裁判決の多数意見は、それが手本としたアメリカ法とは全く違うものになっている」という角度から、この判決を批判するのである。これを典型的なかたちで行ったのが、第四節で紹介する高柳信一氏の論文であった。

実はこの後者の論評スタイルをとるものは、七七年判決直後の段階では、現在（二〇〇〇年）の憲法学界のありようからすると意外なほどに、少ない。だが、アメリカ法を参照基準としながら日本の判例法理としての目的効果基準を批判するというこの後者の論評スタイルは、解釈学説のなかでその後しだいに一般化していく。ここでその特徴を再確認しておく、第一に、日本の判例理論としての目的効果基準を批判の対象とすること、第二に、「日本の判例理論は、その母法であるアメリカの判例理論とは違うものになっている」という批判の仕方をする、この二点である。

ここまで論じたところで、次の、アメリカ憲法についての科学学説の場面——。すぐわかるように、いま七七年以後の解釈学説の特徴として指摘した第二点目における解釈論的主張は、その内部に入れ子構造のように、「アメリカの判例理論」とはこういうものである、という科学学説上の理解を、重要な構成要素として含み持っている。そこでは、科学学説の、解釈学説に対する距離が、非常に近づいてしまっている。アメリカの判例理論に対する科学学説上の理解が先行して、上記のような解釈論的主張をする、その時点ではそれでもいいのかもしれない。だがその後、そのような解釈論的主張を自己の内に一方で保持しながら、他方で更めて、アメリカの判例理論を対象とする科学学説上の研究を進めようとするとき、入れ子構造における外枠としての解釈論的立場が、内枠としての科学学説上の取り組みを一面的なものにしたり歪めたりする危険が、そこには常にある。その危険がどのように現実化

したか、その具体的な中味は、続く第二章・第三章で見る。ただ、右に指摘した解釈学説の特徴の第一点目と関連して、ここでひとだけ指摘しておく。それは、アメリカの判例理論の全体像のなかで日本の研究者の関心対象が（日本の目的効果基準に対応するレベルにある）審査基準へと収斂していったこと、これである。七七年の最高裁判決が、解釈学説のありようを変化させるというワン・クッションを介して、アメリカ法研究のありように及ぼした影響を、抽象的次元で語れば、以上のようなことである。

話を戻す。アメリカ法を参照基準としながら日本の判例法理としての目的効果基準を批判する、というスタイルの解釈学説も、時の経過とともに、その内容を変化させてきている。その変化は一方で、日本の判例法の展開という事情に規定され、他方で、アメリカの判例法の理解が日本の側で進んだことと、アメリカの判例法のその後の展開という事情に規定されて、生じた。その変化はまた、それぞれの解釈学説の主唱者の交代を伴っている。それに従って言えば、その変化は高柳説から芦部説への転換であった。そこで以下では、この二つの解釈学説を順に検討していく。但し、高柳学説の紹介・検討は「前史」を扱う本章でなされるが、芦部学説の紹介・検討は「現状」を扱う第二章で行われる。

第三節 政教分離原則に関する、七〇年代の高柳学説の一般的特徴

既に示唆したように、アメリカ法を参照基準としながら日本の判例法理としての目的効果基準を批判する、というスタイルの解釈学説の先鞭をつけたのが、七七年の最高裁判決のあと、その年のうちに高柳信一氏が発表した論文、「国家と宗教——津地鎮祭判決における目的効果論の検討」⁽¹⁵⁾である。

ところで高柳氏は、憲法上の政教分離原則の分野で、日本国憲法の解釈学説の場面でもアメリカ法の科学学説の場面でも、特に七〇年代に、今日でもその通用力を失わない重要な仕事を行った憲法学者である。これも既に述べ

たが、彼は早くも一九七〇年には、二本の論文のなかで、日本国憲法の政教分離規定の解釈論を、アメリカの判例理論に沿った形で展開していた。また、七八年には、政教分離原則に関するアメリカ判例「法理の大まかな理論的骨組みを明らかにする」ことを目的とした論文——本稿のタームで言えば、アメリカ法に関する科学学説であることを標榜する論文——を発表している。⁽¹⁶⁾ そのなかで本節の中心的な検討対象である七七年論文には、この分野における高柳学説の特徴を色濃く持っているという面と同時に、七七年判決という現実の動きに鋭敏に対応したという面の両面があるように思われる。そこで、私の理解するところの、この憲法上の政教分離原則の分野における七〇年代の高柳学説の特徴を、まとめておくことにする。

この作業はまた、本章第一節で、アメリカ法に関する科学学説のありようが、七〇年頃から次第に、その成果を日本国憲法の解釈論に生かそうという実践的性格を強めていった、と述べた点の補足説明という意味も持つ。本稿の理解では、政教分離原則に関するアメリカ法についての科学学説のありようは、七〇年頃にひとつの区切りがあり、七七年最高裁判決でもうひとつの区切り、そしてその後八〇年代半ばに、高柳説から芦部説へという転換があった、というふうに変化していった。いまから述べる七〇年代の高柳学説の特徴は、七〇年頃から七七年判決の前までの、アメリカ法に関する科学学説のありよう、これのひとつの代表例の特徴に外ならない。それは次の二点にまとめることができる。

第一に、高柳氏がアメリカ法を撰取したのは、それを参考にして日本における自分なりの解釈論を展開しようとする強い動機に導かれてのことだったと思われる。それゆえ、彼が「彼の国〔引用者注・アメリカ合衆国〕の政教分離原則の理念と法理とを、そのあるがままの姿において正確に把握したいという学的関心」⁽¹⁷⁾に導かれて執筆したとする七八年論文でさえも、実際には、アメリカ判例理論を参考にして自分じしんが「こうあるべきだ」と考えるところの政教分離原則の規範内容について考察を深めていく、という性格が強いように私には思われる。つまり、

七八年論文は、自らをアメリカ法に関する科学学説であると標榜しているにもかかわらず、科学学説に純化していない。だから、この論文を「本当にアメリカ判例理論の現実はそのに書かれている通りなのか」という観点から検討するならば、色々な齟齬が出てくることは避けられない。反面この論文を、アメリカ判例理論から学びながら高柳氏が自分じしんの頭で練り上げた、政教分離原則に関する独自の解釈学説として読むならば、これは深い洞察に裏打ちされた、今日でも学ぶところの多い優れた論文だと私は思う。

第二に、アメリカ判例理論を研究するに際しての高柳氏の主たる関心は、政教分離原則の「基本的考え方」を把握するところにあった。

ここで私は「基本的考え方」という言葉を、二つの意味合いで用いている。ひとつは、目的効果基準など、政教分離原則に関する「違憲審査基準」と対比させる意味合いである。ここで言う「違憲審査基準」と「基本的考え方」の相違は、もちろん相対的なものだが、次のような一応の区別を念頭に置いている。すなわち、「違憲審査基準」は、裁判所が具体的事件を解決するにあたって、当該法律ないし政府行為のどこに目をつけ、それを憲法に照らしてどの程度の厳しさ・緩やかさで審査するか、を問題とする。それに対して「基本的考え方」は、政教分離原則の規範内容——なぜ政教分離原則が要請されるのかの根拠や、どういう類型の政府行為がどういう理由で禁止されるのか、などの問題——を、それが裁判制度というルートを通して問われた場合に裁判所としてどう考えるかというのではなく、ごく一般的に考える。前者は、裁判所がどう審査するかという実体的関心に重きを置く⁽¹⁸⁾。それに対して後者は、そもそも同原則が何を要請するかという実体的関心に重きを置く。

「基本的考え方」という言葉のもうひとつの意味合いは、具体的事案を解決するに際して一義的結論を導き出すにはまだ抽象度の高いレベルのものだ、ということである。高柳氏じしんの言葉を使えば、彼はアメリカ判例理論における「政教分離原則の基礎理念」を主たる検討対象としたのであり、これは、その「基礎理念の具体的事案へ

の適用に関して」は「意見の対立」が生じることが彼じしんによって自覚されている、そういう次元のものである。⁽¹⁹⁾

なぜ彼は、具体的事案を解決するにはまだ抽象的である、そのような「基本的」次元の「考え方」を主たる検討対象としたのだろうか。これにはおそらく、一方で彼じしんの関心の持ちように規定された面と、他方で当時の憲法現実に規定された面との、両方がある。前者は、彼がいちばんしなかったのは日本国憲法の解釈論を展開することだった、という点であり、後者は、まだ当時にあつては日本では政教分離関係の訴訟事件が少なかった、という事情である。

彼は七〇年論文のなかでこう述べている。政教分離原則に照らして「ということが具体的に禁止されることになるのかという問題」は、「大原則から出発して、これをときほぐしていつて、いくつかの小原則を導き出すというふうにして説明する」よりもむしろ、「現に具体的に出て来た憲法現実に即して考察した方がよい……」。つまり、法廷で実際に闘われた憲法裁判の事例に即して、その帰結をまとめて整理してみるとということが合目的である」。

だが「わが国では、まだあまり判例が出ておらず……」⁽²⁰⁾と。

つまり彼は、政教分離原則の抽象的次元での意義を日本において、具体化していくのは、演繹的手法よりもむしろ、具体的事件における妥当な解決を原則の意義に照らして考えていくことによりなされるべきだ、という、もつともな考え方に立っていた。そうであるがゆえに、まだ政教分離関係の訴訟事件が少なかったという時代的制約から、同原則のもつと具体的次元での意義にまで、考察を進めることが困難だったのである。

しかし、アメリカでは既に、数多くの訴訟事件が提起され、判決も出されている。だから、それらの具体的事案ごとの考察を行うことにより、もつと抽象度の低い、具体的事案の解決にも役立ちうる次元の「考え方」にまで研究を及ぼすこともできたかもしれない。それを行うのが有意義だったと考えられる所以は二様である。第一に、そ

れは、あるいはそのままの形では日本国憲法の解釈論としては使えないかもしれないが、アメリカ法の理解を深めるには十分に有益な仕事のはずである。第二に、アメリカの諸判例のなかには、具体的事案の解決として、高柳氏の立場からして不適当だと考えられるものもあつたに違いない。その判決がそういう結論に到達したのは、そもそもアメリカ判例理論の「基本的考え方」じたいに問題があるからなのか、それともその具体的適用が妥当なものでなかったからなのか。そこで検討を進めることによって、アメリカ判例理論と高柳氏じしんの解釈学説との距離が自覚された可能性があるし、ときにアメリカの判例をも批判することを通して、氏の解釈学説もいっそう洗練されたものになったと思われる。

だが彼は、そういう作業に、少なくとも明示的に、取り組むことはしなかった。前記七〇年論文のなかで彼は、政教分離原則に照らして「どういうことが具体的に禁止されることになるのかという問題」について、上に引用した叙述、「わが国では、まだあまり判例が出ておらず」に続けて、「アメリカの憲法判例が参考になる」と述べる。

けれどもそこで彼が行うのは、それら「諸判例を整理して命題化したもの」の提示であり、またアメリカ判例において各問題類型ごとにどのような基本的考え方が取られているかの紹介である。それらは、アメリカでは、各事件に即して、原則の抽象的意義と具体的事件とを突き合わせる考察のなかから、いわば帰納的に出てきたものだったかもしれない。しかし、高柳氏の論文では、その考察の部分は省略され、結果としての命題や基本的考え方だけが示される。そのため、これも依然として抽象度はかなり高い議論に終始しているのは否めないのである。⁽²¹⁾

第四節 目的効果基準を批判する高柳学説の概要

ここで、前に記した七七年の高柳論文の概要を紹介する作業に移りたい。⁽²²⁾

この論文は二章から成っている。第一章「一 最高裁判決の論理と『目的・効果論』」は、五つの節から構成さ

れており、あるべき目的効果論の観点から、七七年最高裁判決の多数意見が徹底的に批判される。第二章「目的・効果論」は、三つの節から構成され、アメリカ判例理論における目的効果論の生成過程およびその特色が叙述されるが、それが日本の七七年判決における同基準の使われ方とはいかに対照的であるか、という問題意識の下でその叙述がなされている。本稿の用いる学説二分論のチームで言えば、第一章は日本国憲法の解釈学説を、第二章をアメリカ法の科学学説を担当するものという一応の仕分けが可能であろう。

まず第一章だが、第一節「(1) 最高裁判決の理論構造」で七七年最高裁判決の多数意見のあらましを要約したあと、第二節「(2) 政教分離原則と『目的・効果論』」で、高柳氏の考えるところの、あるべき目的効果論の内容が提示される(その内容は、第二章の叙述から、アメリカ判例理論の採る立場であることが読者に了解される)。

それによれば、「現代」は「かつての自由放任主義時代」とは違って、「経済の自律性が失われ、公行政主体が富の再配分、社会的正義の実現、国民福祉の達成および地域生活上の役務・施設の確保等のために、国民の社会経済生活に深くかかわっている」時代である。そういう現代においては、「国家と宗教との間の形式主義的な拘子定規的な完全分離を貫こうとすることは、不合理」である。『目的・効果論』は、……そういう形式主義的完全分離を、合理的に——政教分離の本旨を損なわずに——緩和する際に依拠すべき基準としては、きわめて有効なもののひとつである」。

だが重要なのは、次の点である。すなわち、「政教分離原則は、ただ無原則に緩和されるべきではなく、現代社会の構造に規定された社会的要求……に対する即応との関係において緩和されるべきものである」。そこで言う「現代社会の構造に規定された社会的要求」とは何か。それは、「市場法則……の支配に任せておいたのでは、無視又は侵害されてしまうところの社会的弱者の経済的文化的生存権の実現等」である。

「現代社会の構造に規定された社会的要求……に対する即応との関係」における問題場面はどういうものか。そ

れは、「国家が、これらの社会的要求に応えて、特定の金銭給付・役務提供・施設供用等を行おうとする場合、その対象者又は対象物がなんらかの宗教又は宗派と関係がある」という問題場面である。ここでは「形式主義的に解された意味における政教分離原則」と「現代憲法の社会国家原理」とが二律背反の関係に立っている。前者を貫徹するなら、「当該措置を全体として違憲無効」とするか、「当該措置の対象から宗教に関係するものを一切除外して、これを実施」することになるが、こういう処理方法は社会国家原理や平等原則など「憲法的諸価値を総合する全憲法的見地よりすれば、その正当性を著しく疑われることにならざるをえない」。

「そこで、このような、社会国家において当然に……起こる困難な問題に対して、諸憲法価値を総合する高次の見地から解決を見出して行くについての基準の一つとして、『目的・効果論』が提示されることになる」。「すなわち、当該措置の目的が世俗的なものであり、且つその本来の効果が宗教を促進も圧迫もしないものであれば、当該措置の結果、なんらかの利益が偶然的・副次的……に特定の又はすべての宗教に帰属することがあっても、政教分離原則違反の結論を導き出すべきものではないとするのである。換言すれば、『目的・効果論』は、政教分離原則と社会国家原則との間の調整原理、あるいは、政教分離条項と狭義の信教自由保障条項との衝突の場合についての解決の基準とみることができるのである」。

それゆえ『目的・効果論』は、すべての政教分離関係事件に常に適用されるべき唯一万能の基準ではない。同基準は、その性質上、政教分離原則のある種のタイプの争点の解決についてはきわめて有効であるが、その他の性質の争点の解決については必ずしも有効ではない」。

以上のように、あるべき目的効果論の内容を提示したあと、第三節「(3) 本件の性格」で、津地鎮祭事件について、「ところが、本件の事案の状況は、このような、複数の憲法価値の衝突する深刻な状況とは全然ことなる」とする。「津市が、自ら主催して、こういう形態の儀式をぜひとも行わなければならない公益上の理由は何も存しな

い。「工事が円滑に行われるべきこと」は、一応、住民・納税者の利益にかかわるが、これとて「第一に、重要な人権保障規定の一つたる政教分離原則の完全な妥当を一部譲歩せしめてもお確保されなければならないほどの利益ではない。第二に、……当該利益は、地方公共団体が、違憲のおそれのある挙に敢えて出なくても、代替的方法によっていくらかでも保全しうる」。代替的方法とは「建築業者等当該工事に関係する私的法主体が地鎮祭・起工式等を行うという方式をとること」である。

続く第四節「(4) 本件の判断基準」では、こう論じている。「それにもかかわらず、なお、津市は神式の地鎮祭を行ったのであり、本件において下されるべき憲法判断にとってレレヴァントな事実関係の要点はこれに尽きる」。「このような事案についての基準としては、行為の性質論で足り、それがまた最も適合している……。すなわち、津市によって行われた本件行為、すなわち神式の地鎮祭が、宗教的性質をもつものと認められるか、あるいは非宗教的・世俗的性質のものと認められるか、ということである」。「国の給付した金銭や提供した役務・物件等が結果的に宗教人・宗教団体に帰属した」場合となり、国が宗教的祭祀・宗教的儀式・宗教教育等を行った場合」においては、目的や効果の宗教性を「問題にしなければならない必要性は全然ない」。このように本件における目的効果基準の採用が批判されるのである。

最後に第五節「(5) 『目的・効果論』適用の狙い」で、なぜ最高裁が本件で『目的・効果論』を使うべき前提条件が欠如している」にもかかわらずこの基準を用いたかが考察される。こうである。第二審は「本件事実を性質論の観点より吟味」した結果、第一審の合憲判決を「十分な証拠に支えられた事実と説得力ある理由にもとづいて完膚なきまでに覆」した。にもかかわらず、最高裁は第二審の判断「の基礎を事実によって新たにうちやぶることをせずに、単純にこれを無視し、第一審判断をほぼそのまま生き返らせたに近い」。そして第一審の展開した本件行為の性質論が「いかにも説得力に乏しく、世上の批判に耐え得なかったことに鑑み、最高裁判旨は、新たに『目的

・効果論』をもち出すことによつて、その点の弱点をカヴァーしようとしたものとみることができる」と。
つぎに第二章では、前置きの、日本の「最高裁が、一審と同じ結論を美化するために必要とした理論として、何故に「目的・効果論」に着目し、これを用いたかを察知するについては」、それがアメリカ判例理論として確立しているという「事実を見逃すわけにはいかない」と述べたうえで、アメリカ判例法における目的効果論のありようが叙述されていく。

第一節 (1) アメリカ判例における目的・効果論の確立」では、目的効果論の生成過程を三段階で捉える次のような理解が示される。すなわち、目的効果論は、まず、*Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947) において「萌芽的形態において提示され」た。次いで、*McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961) および *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963) において「明確な形態において確立せしめられ」た。そして、*Board of Education v. Allen*, 392 U.S. 236 (1968); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971); *Hunt v. McNair*, 413 U.S. 734 (1973); *Committee for Public Education v. Nyquist*, 413 U.S. 756 (1973); *Meek v. Pittenger*, 421 U.S. 349 (1975); *Roemer v. Board of Public Works*, 426 U.S. 736 (1976) とした「最近の州等の公私立（宗派立を含む）諸学校・大学に対する各種の補助措置をめぐる憲法事件」において「支配的基準として適用されて来た」。

そして、まず第一段階にあたる四七年の *Everson* の、事件と判旨の概要が紹介される。この事件は「州法にもとづき、ある町が児童生徒の公立私立を問わぬ学校への通学に要するバス賃を補助しようとした措置が、宗派立学校（大部分はカトリックの教区学校）への公金支出の結果を伴うことになる限りに於いて修正一条（政教分離）に反するとして争われた」。法廷意見は、「本件州法は、通学児童の福祉を慮るところの公共福祉立法……であり、特定の宗教を信じるが故に、一般州法上の便益……を享受しえないこととなるような結果を、修正一条の解釈として引き出すことはできないとした」。この判決が第一段階に位置づけられる所以は、短くこう説明されている。「判旨

は、『目的・効果論』という形で説かれているわけではないが、『目的・効果論』の主要な含意は同判旨にほぼ全面的に提示展開されている。要は、Everson が、第一章第二節で高柳氏が論じた、目的効果論の典型的な適用場面——「形式主義的に解された意味における政教分離原則」と「現代憲法の社会国家原理」とが二律背反の關係に立つ場面——において、後者の「社会国家原理」を優先させる解決を施したことを指しているのだと理解される。

第二節「(2) 目的・効果基準の定式化」では、続いて第二段階の二つの判決が、まさに第二段階として位置づけられる所以が述べられる。いわく、六一年の McGowan は、いま引用したような性格をもつ Everson の「判旨を敷衍且つ整理」した。そして六三年の Schupp は、「これを明確に定式化した。すなわち、政教分離条項違反の攻撃に耐え得るためには、『①宗教を助長……も抑圧……もしないところの世俗的立法目的……と、②同様の主要な効果……がなければならぬ』というのがそれである」。それから第三段階については簡単に、「そして、最近の前引の諸判例においては、このルールの直接の適用により裁断が下されている」、とだけ述べる。

それにすぐ続けて、こう述べる。「これらによつてわかるように、……『目的・効果基準』は(イ)について用いられるものではなく、主として(ロ)について用いられている」。ここで言う(イ)と(ロ)は、いまの引用から省略した叙述部分において、政教分離原則適合性が問題になる事件類型を、「(イ)国家が宗教行為を行うこと乃至はその主体となる(sponsor)こと」と、「(ロ)国家が宗教を財政的に支持(support)し、または援助(aid)すること」とに分けたのに対応している。この区別は、実は既に第一章第四節で現れていたものである。

そしてここでもう一度、日本の七七年の最高裁判決を、この事件が「(イ)の範疇に属する」にもかかわらず同判決が目的・効果論を適用したのは「その見地から奇異の感を免れない」と批判する。

ところがこう述べた直後に高柳氏は、津事件と McGowan との事案の違いについて、かなりの紙幅を割いて説明することを余儀なくされる。それもそのはず、McGowan の事案は、「州の日曜休日法(Sunday Closing Law)により

禁止されている販売行為を行って訴追された者が、同法を政教分離条項違反として争ったものである。すなわち、同法は、日曜日は心静かに神に仕えるべきものとする聖書の教えに宗教的理念を直接反映……する内容をも〔つ〕……として攻撃されたのであり、事件の種類としては、(イ)に属すると考えるべきであろう。しかも、……主たる争点は、そのような宗教的起源をもつ法令が、現在においては、十分世俗化したものになっているかどうかであった。だとすると、McGowan と津事件とは事案の性質が同じであり、従って前者が目的効果基準に拠ってよいなら後者もそうではないのか、という点が問題とならざるをえない。

だが高柳氏によれば、見かけ上の類似性にもかかわらず、McGowan には目的効果基準を適用すべきもつともない理由があり、津事件にはそれがない。それは以下の二つの要因である。第一に、「有給休暇……をちとること」が、労働運動・労働立法の長年の懸案」だったこと。日曜休日は「その実現に仕える」のに加えて、「単に、七日に一日休めるというのではなく、労働者家族構成員および諸労働者家族が同一の休日を持ち、……家族的団樂を樂しみ、……交遊関係を温めることを可能ならしめる……社会福祉立法的役割」まで果たすものであった。「したがって、当時においては、政教分離原則の形式主義的解釈により同法を無効にすることは、このような労働運動・労働立法の成果を否定する意味をもつ」。第二に、「このような労働条件上の措置を実現する上においては、日曜日を休日とする以外に代替手段がない」。各人ばらばらに休日を持つのでは前記目的は達成されない。前記目的を達成するためには、「無神論者も含めて大多数の人々が休むべきもの」として意識している「日曜日を休日とする以外にないのである。

かくして「日曜休日法事件は、前述分類の(イ)国の宗教行為の事件ではあるが、内容的には、(a)労働者をはじめとする人民の福祉のための政府措置（立法）と政教分離原則の形式的厳格適用とが衝突せざるをえない事件であり、また、(b)目的を達するために、宗教的起源をもつ手段を用うるほかに、他に代替的手段がないということを特色と

している」。ところが「わが国の地鎮祭事件には、これら(a)(b)の要因が欠けている」。この点の津事件に即した論証は、既に第一章第三節で行われていた、と読むことができる。

第三節「(3) 目的・効果基準適用上の諸原則」では、「アメリカにおける『目的・効果基準』について、今まで言及しなかったことを補いつつ若干の整理を試みる」として、三点の特徴が示される。

第一に、目的効果基準が「前述の分類における(イ)国の宗教行為事件には適用されていない」ことが、再び指摘される。

それを裏付けるために、(イ)の事件類型に該り、かつ目的効果基準に拠らずに憲法判断がなされた判例に三つ、言及する。それらは、四七年の *Everson* 以後、「公立学校が、授業時間の一部を割き、学校自身は関与せず、宗教団体に一任して、宗教教育を行わしめる……措置」の憲法適合性が問題とされた二つの判決、*McCollum v. Board of Education*, 333 U. S. 203 (1948); *Zorach v. Clauson*, 343 U. S. 306 (1952)。それから、六一年の *McGowan* 以後、「公立学校の……各教室において……特定の祈り……を唱和させるべき」旨の教育委員会示達の憲法適合性が問題となった判決である *Engel v. Vitale*, 370 U. S. 421 (1962) である。

ところが、氏が目的効果基準を「定式化した」と位置づけたところの六三年の *Schempp* は、実は(イ)の類型に該る事件——「公立学校において……聖書の一節を朗読唱和すべきことを定めていた」州法の憲法適合性が問題とされた事件——だったことが、ここで明らかにされる。だが氏によれば、これは目的効果基準の適用原則に関する氏の理解と矛盾するものではない。判旨が目的効果基準を定式化したのは、「狭義の信仰の自由保障条項と政教分離条項との相違と関係を明確にする論述」という「一般論」のなかにおいてであり、「別にこの基準を同事件の事実関係に真正面から適用するという作業をしているわけではない」。「それでは何のために、そのような定式化を試みたのであろうか」。ひとつには、「このようにして、狭義の信仰の自由保障条項と政教分離条項の相違を明らかに」

した。そこから、前者の条項の場合と違つて政教分離条項「違反の成立には強制の要素の存在は関係がない——、換言すれば、国が宗教行為を行うこと自体が政教分離原則侵害を構成する」(傍点は原著者)ことを導き出した。もうひとつ、上告人は目的効果基準を用いて合憲論を展開していたが、「法廷意見はこの主張を排斥するために、『目的・効果基準』に言及しているにすぎない」点も指摘されている。

ついで、*Schenpp* に照らして津事件最高裁判決が批判される。そこでの目的効果基準の使用は、*Schenpp* が「同基準との関係において行つた強制の要素の不必要との指摘を敢えて無視し」、かえつて *Schenpp* における上告人の「御都合主義的な」態度に近い、と。

かくして、次のように総括的な整理がなされる。「アメリカにおける宗教自由判例上のルールとしての『目的・効果基準』は、政教分離条項関係事件のうち、主として、(i) 国による宗教援助事件において適用され、加うるに、(ii) 国の宗教行為事件のうち、国……民の福祉を図る立法と形式主義的に解した政教分離原則との衝突を解決する手段として用いられているといえる」。

第二に、「判例による目的・効果論……の適用態度はかなり厳格であつて、これにより合憲とされる範囲は必ずしもそう広くはない」ことが指摘される。

その典型例として、七三年の *Nygist* がとり上げられる。まず、そこで違憲審査の対象となつた州法の内容とその立法趣旨がやや立ち入って紹介される。氏の理解では、それらの立法措置は、「多元的価値の平和的共存・平和的競争……を教育政策の基礎とし」た「きわめて健全」なものである。それらは「公立学校における教育の健全性及び都市における人間生活領域の安定性を確保することを目的として、非公立学校一般及び通学生徒一般に補助金を給付するものであり、非公立学校には……宗派立のそれもあるため、補助金の一部が宗派的学校に流入するという結果が生ずるにすぎない」。次に、それでも判決がそれら立法措置に違憲の結論を下したことが短く指摘され

る。「このように、彼の国の目的・効果基準の適用は、人民の地上の幸福を実現するために強く要請される政府措置であつても、宗教を直接利する効果を伴うものは厳しく抑制される」。

この点でも、この *Myquist* と比較して津事件最高裁判決が批判される。そこでは、政教分離の価値を「凌駕すべき他の憲法価値」も存在しないのに、目的効果基準の適用によって合憲の結論が出ている、と。

第三に、目的効果基準が適用されて合憲の結果が出る場合は、「前述第一の(ii)の場合……を除き」(ということとは、前述の(i)の場合には)、「宗教的少数者の宗教の自由を実質的に擁護する——宗教的少数者がその信奉する宗教の故に実質的に不利益を負わされる結果を避ける——という機能を果たしている」。

すなわち、「社会的経済的弱者の福祉の擁護増進のために」採られる給付措置から、宗教に関係する主体を外すならば、「ほとんどの場合、宗教的少数者(カトリック教徒、ユダヤ教徒、回教徒、仏教徒等)が不利益を受けることになることは、前引の諸判例の事実関係をみれば、容易に看取することができる」、とされるのである。

ここでも、この観点から津事件最高裁判決が批判される。そこでは目的効果基準は「政教分離原則を専らただ宗教的多数者意識の方向に緩和するという機能を営む」と。

そして最後に、「同じ『目的・効果基準』が彼の国におけるとは、これほどまでに違う——いうまでもなく負の方向に——結果を齎らざるをえない」日本の現状を慨嘆して、この論文を締め括るのである。

第五節 目的効果基準を批判する高柳学説の特徴

以上でやや立ち入って紹介した七七年の高柳論文が、第二節の最後に私が指摘したところの、七七年の津事件最高裁判決を契機に登場した新しい傾向の論評の典型であることを、まずここで再確認しておこう。その特徴とは、第一に、日本の判例理論の、目的効果基準の部分に照準を合わせること、第二に、「日本の判例理論は、その母法

であるアメリカの判例理論とは違うものになっている」という批判の仕方をする、の二点である。

高柳氏は目的効果基準をどのように性格づけているか。それは二段構えのものとして理解される。すなわち、まず第一段目として、目的効果基準は、「市場法則……の支配に任せておいたのでは、無視又は侵害されてしまうところの社会的弱者の経済的文化的生存権の実現」といった、「現代社会の構造に規定された社会的要求」に即応して、「形式主義的な拘子定規的な完全分離」を「緩和」する基準である。彼は、目的効果基準を「政教分離原則と社会国家原則との間の調整原理」だと述べている。彼の理解では、近代ないし「自由放任主義時代」に対応するのが「形式主義的に解された意味における政教分離原則」であるが、その政教分離原則は現代においては「現代憲法の社会国家原理」の要請に応えて「緩和されるべきものである」。つまり目的効果基準は、政教分離プロパーに仕える合憲性判断基準ではなくて、むしろそれに対抗して、社会国家原理の立場からそれを緩める働きをする合憲性判断基準なのである。それだけに、この目的効果基準は、政教分離原則に関わるあらゆる事件類型について用いられるべきものではなく、あくまで政教分離という憲法的価値がもうひとつの憲法的価値である社会国家原理と対抗する事件類型についてだけ用いられるべきことが強調される⁽²³⁾。

そこで第二段目として、目的効果基準が用いられるべき事件類型をもっと具体的に特定している。彼はまず、政教分離原則に関係する事件類型を大きく二分する。(1)「国の宗教行為事件」、すなわち「国家が宗教行為を行うこと乃至はその主体となる……こと」と、(2)「国による宗教援助事件」、すなわち「国家が宗教を財政的に支持……し、または援助……すること」である。そのうえで彼は、目的効果基準が用いられるべきなのは、(2)の「国による宗教援助事件」に限られるのであって、(1)の「国の宗教行為事件」には適用されていない、とひとまず述べる。ところがその説明の枠から、McGowan^がはみ出してしまふ。そこで、(1)の「国の宗教行為事件」でも例外的に、政教分離の価値と「人民の福祉」の価値が衝突し、かつ宗教的手段を用いるほかに代替的手段が存在しない場合に

は、目的効果基準が適用される、と若干の追加的修正が施される。⁽²⁴⁾では、(1)の「国の宗教行為事件」のうちでそうした例外に該当しない場合には、どのような基準で合憲性を判断すればよいのか。高柳氏はこれに対して直接には、(アメリカ判例法の文脈では) 答えていない。が、目的効果基準を適用すべきでないと言われる津事件について、当該行為が宗教的性質のものか否かという「行為の性質論」で判断すべしとしていることから、それがその解答だと読むことが可能である。

高柳氏の説明によれば、以上が、あるべき目的効果基準の性格である(日本国憲法の解釈学説)、と同時に、アメリカ判例法における目的効果基準、いわば本来の目的効果基準である(アメリカ法についての科学学説)。これに照らして津事件最高裁判決を、「この事件で目的効果基準を適用するのは間違っている」と批判したのが、この七七年論文であった。

第三節で示唆したように、この七七年論文は、政教分離原則に関する七〇年代の高柳学説の一般的特徴から、津事件最高裁判決という現実の動きに対応するために、若干離れる面を持っている。その点を、検討することにしう。

第三節で述べたことをおさらいしておくと、七〇年代の高柳学説の一般的特徴は次の二点である。第一に、高柳氏がアメリカ法を摂取したのは、それを参考にして日本における自分なりの解釈論を展開しようとする強い動機に導かれてのことだった。それゆえ、一方で、彼のアメリカ法に関する叙述はアメリカ法の観察に徹しておらず、自らの規範的思考がそこに混入する傾向が見られる。他方で、その研究を、全体として彼自身が展開した独自の解釈論として読むならば、そこには強い説得力が宿っている。第二に、高柳氏がアメリカ法を摂取する際の主たる関心は、政教分離原則に関する「基本的考え方」を把握することにあった。ここでは「基本的考え方」という言葉を、二様の意味合いで用いている。ひとつは、裁判所がどう審査するかという、いわば機能論的関心に由来する「違憲

審査基準」とは対照的に、そもそも政教分離原則がどんな理由から何を意味するのかという、いわば実体的関心に由来するものだ、という意味合い。ふたつは、具体的事案の解決に際しては未だ多義的な解釈の余地を残す抽象的レベルのものだ、という意味合いである。

七七年論文が、以上のような一般的特徴から離れる面を見せているのは、その第二の特徴においてである。しかもそれは「基本的考え方」の二様の意味合いの両方ともにおいてだった。

まずひとつ目として、七七年論文は正に目的効果基準を主題としており、これは「違憲審査基準」に外ならないという点である。このような主題設定は、七七年の最高裁判決多数意見の論理構成に対応する目的で行われた。

しかし、目的効果基準をどう論じるかという点では、七七年論文は七〇年代高柳学説の一般的特徴を色濃く持っている。この論文は、津事件の最高裁判決を批判するのを目的として書かれた。その主張の眼目は、「この事件で目的効果基準を適用するのは間違っている」という点にある。その主張の反面として、「目的効果基準は、(2)の『国による宗教援助事件』の事件類型になら用いてよい」という主張を伴ってはいる。だが、(2)の事件類型に対して具体的にどのような目的効果基準を適用していけばよいのかに関する説明は非常に乏しい。つまりこの論文は、「これこれの場面では目的効果基準を使うな」と主張するものであって、「これこれの場面では、このように目的効果基準を使い」と提唱するものではない。その意味で、訴訟の現場では、この論文を読むことによって、目的効果基準をどういうときに使うべきでないかを深く納得することはできても、これを使おうとするときどのように使えばよいかについては、学ぶところが少ないのである。目的効果基準を「違憲審査基準」論として論じようとするなら、こうはならないであろう。

では高柳氏は、目的効果基準を「違憲審査基準」論としてではなく何として論じたのか。「基本的考え方」論として、である。高柳氏が理解するところの目的効果基準の趣旨を私は二段構えのものとしてまとめたが、その第一

段目の骨太な性格づけは、正に「基本的考え方」の範疇に属するものといえる。

次にふたつ目として、七七年論文は、津事件という具体的事案に即した考察を行っている。目的効果基準および行為の性質論が、この具体的事案においてどのように適用されてどういう結論に至るべきかは、この論文にきわめて明確に書き込まれている。これは、日本において「法廷で実際に開かれた憲法裁判の事例」がようやく「現に具体的に出来た」ために、それ「に即して考察」を行うことが可能になった、ということである。

反面、この論文で、アメリカ判例について具体的事案に即した考察を行っているかという点、それは行っていない。この点は、七〇年代高柳学説の一般の特徴のままである。この論文で、アメリカ判例のうち、事件の概要とそれに対する連邦最高裁の判断とが比較的詳しく紹介されているのは、Everson, McCowan, Nyquist の三件である。

このうち、Everson の合憲判決については、おそらく高柳氏の「あるべき目的効果基準」論からも、妥当な判決だと思なされることになると思われる。しかし、Nyquist の違憲判決はどうだろうか。後でも再び触れるが、具体的事案に即した考察を行うならば、高柳氏の立場からは、むしろ合憲の結論が導かれるべき事例だったのではないだろうか。だが氏は、そうした検討は行わず、目的効果基準の適用により違憲の結論に至った Nyquist 法廷意見の立場に自ら立って、そこから津事件における最高裁の合憲判決を批判するばかりである。また、McCowan の合憲判決も問題を孕んでいる。日曜日に販売行為を行うことを刑罰の威嚇により禁止する立法は、高柳氏じしんの考えによっても、具体的事案の解決として本当に合憲とされるべきなのか。この論文では、津事件と違って「日曜休日法事件において、『目的・効果基準』が適用されることが合理的である」(同事件において合憲の結論に至ることが合理的である、とは述べていない点に注意!) 所以を、説明してはいる。しかしその説明を読んでもやはり、アメリカ社会の外部からこの事件を検討する者の多くは、この立法に対して違和感を感じるのはないだろうか。⁽²⁵⁾ だが氏はここでも、そうした考察には踏み込まず、ただ McCowan 法廷意見の立場から津事件最高裁判決による目的効果

基準の使用を批判するのみである。

いっぽう、七七年論文は、上述した七〇年代高柳学説の第一の特徴からは、全く離れていない。

高柳氏による目的効果基準の性格づけを、ひとつの解釈論として見たとき、それが説得力を備えた魅力的な議論であることに、ほとんど異論はあるまい。問題は、アメリカ判例理論の現実が本当にそういうものなのかどうか、である。

この点については、当時におけるアメリカ判例理論の現実がどのようなものだったかを実際に描出したうえで、それに照らして高柳氏の叙述を批判する、という作業を本来は行うべきであろう。だがここでは、高柳氏の叙述に内在する矛盾を指摘するに止める。すなわち、高柳氏による目的効果基準の性格づけは上述のごとく二段構えなのだが、その第一段目・第二段目ともに、高柳氏の描き出すアメリカ判例理論の現実によって裏切られているのである。

まず第二段目から。――高柳氏によれば、目的効果基準の生成過程は、いわば萌芽期・確立期・一般化期、の三段階を経てきた。その要となる第二段階、目的効果基準が「明確な形態において確立せしめられ」た段階、に位置づけられるのが、六一年の *McGowan* と、六三年の *Schepp* であった。ところが、この二つの判決とともに、高柳氏によれば目的効果基準が適用されるべきでないところの、(1)「国による宗教行為事件」の類型に属するものなのである。(1)の事件類型であるにもかかわらず例外的に目的効果基準が用いられた理由を、高柳氏は説明する努力をしている。しかしその説明は、控えめに言っても苦しい。しかも繰り返しになるが、(1)の事件類型の二判決によって、(1)の事件類型には適用されるべきでない目的効果基準が「確立」したものである。それでは、高柳氏の言うように、(1)の類型に属するがゆえに目的効果基準が用いられなかった判例にはどのようなものがあるか。高柳氏は四八年の *McCollum*、五二年の *Zorach*、六二年の *Engel* の三判決を挙げている。しかしこれらは全て、目的

効果基準が基準として「確立」する以前の判例である。だとすると、「目的効果基準は(1)の類型の事件には用いられない」という命題が、アメリカ判例法の現実を述べたものかどうか、疑問とせざるをえなくなってくる。

次に第一段目。——高柳氏によれば、目的効果基準は、政教分離という憲法的価値に対して、もうひとつの憲法的価値である「社会国家原理」が対抗する場面において、その両者の価値の「調整原理」として働くものであり、「形式主義的に解された意味における政教分離原則」を「現代憲法の社会国家原理」の要請に応えて「緩和する」ものである。さて、七三年の *Nagari* で違憲審査の対象となったのは、そういう利害状況にびったり当てはまるとされる「きわめて健全」な立法措置であった。ところが、「分離原則」を「緩和する」はずの目的効果基準の適用の結果、この立法措置は違憲とされているのである。アメリカ判例理論としての目的効果基準が、本当に「分離原則」を「社会国家原理」との関係で「緩和」するものかどうか、疑問になってこよう。

以上で、日本の判例理論としての目的効果基準を批判する、高柳学説の検討を終わる。ここで、「前史」を扱う本章も閉じられる。「現状」を扱う次の章は、八〇年代半ばに登場して現在の通説をなしている芦部信喜氏の解釈学説の意義を、高柳学説との比較のなかで明らかにすることから、始めることにしたい。

(1) 熊本信夫『アメリカにおける政教分離の原則』（北海道大学図書刊行会、一九七二年）は、一九六五年から七二年にかけて発表された諸論文を纏めた書物だが、標題に関するアメリカでの研究史、アメリカ政治史・法制史、ならびに判例の動向を網羅的に調べた、日本における先駆的な研究である（のちに一九八九年に増補版が同じ出版社から出ているが、これには一九六九年以降およそ二〇年間のアメリカ判例の動向をフォローする部分が追加収録されている）。熊本氏はこの書物の序論のなかで、「わが国でのこの分野における判例、ならびに研究は他に比較してきわめて乏しい」（七頁）という認識を示しつつ、この研究に取り組んだ問題意識を次のように述べている。「宗教の自由の問題は、著しくその国の固有の事情に影響を受ける性質を帯びている。……我国の問題状況についての認識を前提に、ある国における宗教の自由を確立するための制度、乃至法理を明らかにすることは、我国の問題を考える上に極めて重要である」（傍

点は引用者による)。「我国の場合、種々の宗教活動が併存する、いわば宗教的多元社会である……が、キリスト教国といわれる合衆国も、……宗教的(乃至宗派的)多元社会にはかならない……。研究対象として、アメリカ合衆国における政教分離原則が選ばれた実質的理由がここにある」(五頁)。

山田卓生「信教の自由——最近のアメリカにおける展開——」東京大学社会科学研究所編『基本的人権 5 各論Ⅱ』(東京大学出版会、一九六九年)三七頁、は、合衆国憲法修正第一条の宗教条項の制定に至るまでの歴史経緯と、同条項に関してどのような解釈問題があるか等を概観したうえで、*Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962) を中心に据えながら、教育関連の政教分離の諸事件に関する連邦最高裁判所の判例を紹介し、最後に、それら諸判決のアメリカ社会における意義を論じた、当時にあつては水準の高い作品である。そこでも、「わが国において、とりわけ戦後においては、信教の自由はとくに大きな問題とはなっていない」、だからこそ「現在においても信教の自由がいろいろな面できわめてはげしい論争的となっている……アメリカ合衆国における問題をみてみたい」(三八頁)という連関が認められる。

一九七〇年ごろまでの、アメリカの政教分離に関する研究動向については、上記の二つを挙げればさしあたり十分だと私は思うが、この時点で他にどのような研究があつたかについては、山田論文四一—四二頁に掲記の諸文献を参照。

- (2) これに関しては、注(1)で引用した熊本氏と山田氏の言明からも明らかであるが、アメリカ法研究一般については、参照、田中英夫「日本における外国法の摂取・アメリカ法」同『英米法研究3 英米法と日本法』(東京大学出版会、一九八八年)三〇五頁(初出一九六六年)。この論文で田中氏は、第一期として「陽の当らぬ場所、若干の篤志家の努力でやっと凍え死ぬことだけは免れて、細々と生き長らえて来た」(同三〇七頁)戦前、第二期として「量的には……百花繚乱……しかし質の面では……本格的研究はあまり多くなかった」(同三一八頁)戦後から一九五五年頃まで、第三期として「人的交流の促進と研究の本格化」(同三三〇頁)が見られる五五年頃から執筆時点まで、に分けている。同「日本におけるアメリカ法研究・アメリカにおける日本法研究」同前書、四二二頁(初出一九八〇年)、四二五—二六頁、では、第三期が、この論文の執筆時点である八〇年まで延長されている。また、七五年の時点での別の英米法学者による概観として、参照、藤倉皓一郎「日本におけるアメリカ法研究」ジュリスト六〇〇号(一九七五年)六四頁。

- (3) 渡辺治「戦後政治史のなかの天皇制」(青木書店、一九九〇年)二七六—三〇四頁、特に二八三頁。

- (4) 田中伸尚『政教分離——地鎮祭から玉串料まで』(岩波書店、一九九七年)四—二〇頁、特に八頁、一四頁。

(5) 渡辺治、前掲書、二七〇―二七二頁。

(6) 政教分離に関連する重要事件の数がどのように推移してきたかのあらましを知る安直な方法は、歴代の『別冊ジュリスト・憲法判例百選』(有斐閣)で取り上げられた関連事件の数を比較することであろう。同誌に掲載された政教分離事件数と全事件数を比率の形で以下に記していくと、六三年刊『百選』で1/115、六八年刊『百選(新版)』で1/115、七四年刊『百選(第三版)』で2/137、八〇年刊『百選Ⅰ・Ⅱ』で3/178、八八年刊『百選Ⅰ・Ⅱ(第二版)』で5/208、九四年刊『百選Ⅰ・Ⅱ(第三版)』で7/225、となっている。

若干の注釈をつけよう。六三年版・六八年版に掲載された政教分離関係の唯一の事件は憲法八九条に関するもの——いわゆる国有境内地処分法の合憲性が問題となった最大判昭三三(一九五八年)・一二・二四民集一二巻一六号三三五二頁——であり、この事件は九四年版まで、憲法八九条前段に関連する唯一の掲載事件であり続けている。七四年版で初めて、津地鎮祭事件(の第二審判決)が紹介された。そして八〇年版でさらに自衛官合祀事件(の第一審判決)が紹介された(この事件の標題は信教の自由に関係するものになっているが、ここでは政教分離関係の事件としてカウントしている)。

なお参照、八〇年代から九〇年代初頭にかけて、一五の政教分離訴訟が提訴されたことを、標題の視角から分析する、長谷川公一「社会運動としての憲法訴訟」法律時報六五巻一一号(一九九三年)五八頁、および、この論文にコメントを行う、大久保史郎「戦後政治・社会過程と憲法」同前、六八頁。

(7) 高柳信一「第二〇条 信教の自由」有倉達吉編『別冊法学セミナー2・基本法コンメンタール・憲法』(日本評論社、一九七〇年)七八頁。同「政教分離の原則」津地鎮祭違憲訴訟を守る会・編『津地鎮祭違憲訴訟』(新教出版社、一九七二年)一六七頁(初出、一九七〇年)。

(8) 横田耕一「津地鎮祭違憲訴訟上告審大法廷判決」ジュリスト六六六号一五頁(一九七八年)、が既に、「原審及び反対意見(特に藤林意見)は、エンゲル事件……などのような、国家と宗教を峻別する『分離の壁……原則』に基づく(引用者注…合衆国の)諸判例の強い影響をうけており、その翻訳そのままの部分もみられる」(二六一―二七頁)と指摘していた。

(9) 最大判昭五二(一九七七年)・七・一三民集三二巻四号五三三頁。以下の本文での引用は、五四〇―四二頁、から。

(10) 第一審判決は、本件起工式「の実態を考察すると……宗教的行事というより寧ろ習俗的行事という方が表現としては

適切である」(民集三一巻四号六二二頁)とした。ゆえに、これが憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」に該らないことは論理必然となり、従ってその文言の意味内容を明確に定義する必要もなかった(但し、「神道の布教宣伝を目的とする宗教的活動」(同前、六一三頁)という言い回しが判決理由中に見られる)。

第二審判決は、「本件地鎮祭は宗教的行為といふべきであつて、未だ習俗的行為とはいえない」(同前、六七四頁)とした。だが、そうではあつてもこれは憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」には該当しない、という論理的可能性がありうる。そこで第二審判決は、「同項にいう『宗教的活動』とは、単に宗教の布教、教化、宣伝等を目的とする積極的行為に限らず、同条二項の『宗教上の行為、祝典、儀式又は行事』を含む一切の宗教的行為を網羅する趣旨である」(同前、六八八頁)として、これを広い意味内容のものとして定義した。かくして本件起工式は憲法二〇条三項で禁止する「宗教的活動」に該当することになった。

(11) 最高裁判決の多数意見は、一方で、本件起工式が宗教的行事か習俗的行事かという論点にははっきりと答えずに、ただ、本件起工式に市が関わるのが、宗教にかかわり合いをもつことになることだけを承認する。他方で、憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」の定義を、本文で示したような形で行うことにより、第二審判決による定義よりも、その意味内容を狭める。そして、本件起工式の性質(それが宗教的行事か習俗的行事か)ではなく、市が本件起工式を行うことの目的と効果いかんを検討することによって、憲法にいう「宗教的活動」に該らないとの結論を導いている。つまり、行為の靜態的評価(その行為が宗教的性質のものか否か)から、行為の動態的評価(行為を行う目的と行為のもたらす効果が宗教的か否か)へと、論点が組み替わっているのである。

(12) 七七年判決の多数意見じしんが、「第四」の部分(民集三一巻四号、五三六―四五頁)で、本件起工式が憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」に該らない所以を説いたあと、「第五 結論」の部分でごく短く、「前述したところによれば、本件起工式は、なんら憲法二〇条三項に違反するものではなく、また、宗教団体に特権を与えるものともいえないから、同条一項後段にも違反しないといふべきである。更に、右起工式の挙式費用の支出も、前述のような本件起工式の目的、効果及び支出金の性質、額等から考えると、特定の宗教組織又は宗教団体に対する財政援助的な支出とはいえないから、憲法八九条に違反するものではなく」(同前、五四五頁)と論じている。

その後の最高裁判例としては、最判平四(一九九二年)・一一・一六判時一四四一号五七頁(大阪地蔵像事件判決)、五八頁、が憲法八九条に関して、また最判平五(一九九三年)・二・一六民集四七巻三号一六八七頁(箕面忠魂碑・慰

「靈祭事件判決」、一七〇一—〇二頁、が憲法八九条および二〇条一項後段に関して、目的効果基準を用いている。

- (13) 最高裁判所調査官による七七年判決の解説である、越山安久「津地鎮祭違憲訴訟事件大法廷判決について」ジュリス
ト六四八号(一九七七年)五三頁、五六頁、には、次のような指摘がある。「この多数意見の見解は、アメリカ合衆
連邦最高裁判所が、同国憲法修正一条の政教分離条項違反の有無の判断基準に關し、……シエンブ事件……、アレ
ン事件……、ウォルツ……事件……、レモン……事件……、ティルトン……事件……、……ナイクイスト……事件……
等を通じて形成してきた、目的、第一次の効果、過度のかかり合いの基準を想起させるものがある。しかし、多数意
見の考え方は、アメリカ合衆国連邦最高裁の判例と全く同一ではない」。

なお、越山氏によるほぼ同旨の判例解説が、法曹時報三三卷二号(一九八一年)二二七頁にも掲載されている。

- (14) 典型例として、小林直樹「地鎮祭問題と信教の自由」法律時報四九卷一—号(一九七七年)八九頁。

七七年判決から一年以内に公表された、同判決の判例批評には、ほかに以下のものがある。ジュリスト六四八号(一
九七七年)所収の、井門富二夫・伊藤正己・橋本公亘・古田光「八座談会」津地鎮祭最高裁判決をめぐって、川北洋
太郎「津地鎮祭最高裁判決の憲法上の論点」、熊本信夫「津地鎮祭最高裁判決について」、越山安久・前掲注(13)論文。

『法学セミナー増刊 思想・信仰と現代』(日本評論社、一九七七年)所収の、高柳信一「国家と宗教——津地鎮祭判決
における目的効果論の検討——」、飯坂良明「内心の自由をめぐる法と政治」、鶴飼信成・神島二郎・高橋碩一・今村嗣
夫「八座談会」現代日本の宗教状況・精神風土と少数者の人権。種谷春洋「政教分離と目的効果基準——津地鎮祭事
件最高裁判決の一考察」判例評論二六号(判例時報八六五号)(一九七七年)一二四頁。和田英夫「政教分離の法理
と風土」法学セミナー二七〇号二頁(一九七七年)。小林孝輔「地鎮祭と政教分離の原則」ジュリスト増刊 憲法の判
例・第三版(有斐閣、一九七七年)二九頁。法律のひろば三〇卷一〇号(一九七七年)所収の、林修三「津市体育館
起工式事件最高裁判決を読んで」、清水陸「憲法にいう政教分離原則の意義」。横田耕一・前掲注(8)論文。滝澤信彦
「政教分離原則に関する一考察(上・下)——『津地鎮祭』事件最高裁判決をめぐって——」北九州大学法政論集六卷
一号一頁、六卷三号八七頁(一九七八年)。

- (15) 高柳信一・前掲注(14)論文「国家と宗教」、『法学セミナー増刊 思想・信仰と現代』(日本評論社、一九七七年)二
頁。

- (16) 高柳信一「政教分離判例理論の思想」下山瑛二ほか編『アメリカ憲法の現代的展開・2』(東京大学出版会、一九七

八年) 二二一頁、二二八頁。

(17) 同前、同頁。

(18) 本文で用いた「機能論」と「実体論」という言葉づかいは、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社、一九九一年) 二二六頁、から借用した。問題状況全般について、さしあたり、同書の第三章を参照。

(19) 高柳、前掲注(16)論文「政教分離判例の思想」、二七七―七八頁。

(20) 高柳、前掲注(7)論文「政教分離の原則」一七八頁。

(21) 同前、一七八、一八〇頁。

高柳氏は七八年論文の「序」の部分で、この論文で「連邦最高裁の諸裁判官が、諸宗教関係事件の裁断に当たって展開したところの法理論を素材として使う」、その方法について、次のような断りをしている。「本来の判例法理研究のすじみちよりすると、やや変則的な形態において」「具体的事案は……視野のなかにとりいれられる」。「つまり、具体的事案の解決のために下された判決理由(ratio decidendi)の論理的核心とそのカバーする範囲を厳密に確定し、それらを積み重ねていって、最大公約数的な主原理(セオレム)と副原理(コロラリー)を帰納的に導き出してくるというのではなくて、そのような作業がすでになされていることを――残念ながら未だ形をえていないのであるが――前提にして、その最大公約数的な主原理と副原理「をむしろ解きほぐし、新たに……いくつかの基本的理論要因を柱にして再構成してみる、というやり方」を採るのだ、と。同論文二一九頁。彼はこれを「本稿のような抽象的演繹的方法」と呼んで、「具体的事案を基礎にした帰納的方法」と対比させている。同二七八頁。

(22) 以下では、高柳、前掲注(14)論文「国家と宗教」、の頁数をいちいち示すことはしない。

(23) 目的効果基準のこのような理解を、高柳氏は七七年に突如として示したのではない。既に七〇年の、高柳、前掲注(7)論文「政教分離の原則」一八一頁、においてごく簡単な形ではあるが説いていた。

ところで、本文では触れなかったが、高柳氏は七七年論文のなかで、目的効果基準を、「政教分離原則と社会国家原理との間の調整原理」として位置づけるのと重ね合わせるようにして――つまり、そのことは区別された別の位置づけとしてではなく――、「政教分離条項と狭義の信教自由保障条項との衝突の場合についての解決の基準」としても位置づけている。同論文第一章第二節、第二章第三節の「第三」、を参照。

私はこのような位置づけには、疑問を持っている。「社会的経済的弱者の福祉の擁護増進のため」の給付措置から宗

教的主体だけを外すことは、宗教的主体の社会権の侵害にはなりうるし、また宗教的主体を平等原則に反して不平等に取り扱うことにもなりえよう。だが、これが宗教的主体の「宗教の自由」の侵害になると言うためには、もっと説明が必要だと思う。

- (24) 本文では、高柳論文の第二章第二節の叙述に従ってまとめたが、同論文のものと後の部分、第二章第三節の「第一」の叙述部分の最後に示される総括的な整理では、何故か「代替的手段が存在しない」こと、という要件が落ちている。
- (25) 滝澤信彦『国家と宗教の分離——アメリカにおける政教分離の法理の形成——』（早稲田大学出版部、一九八五年）の第一編第二章「宗教的遺制と政教分離原則」（同書、三七頁）（初出、一九八二年）は、McGowanを、八対一の全くの少数意見に止まったタクラス裁判官の違憲論に肩入れする形で、紹介・検討している。

※ 本稿は本来、前号の「寿田竜輔先生古稀祝賀記念号」に掲載することを予定していたものだが、果たせず終わってしまった。私が現在、本学において自由な研究環境を享受できているのも、ご在任中の寿田先生のような様々な面でのご尽力のおかげである。ここに感謝の念を新たに、謹んで拙い本稿を先生に献呈させていただきます。

（なざき・ひろみち〓本学専任講師）